

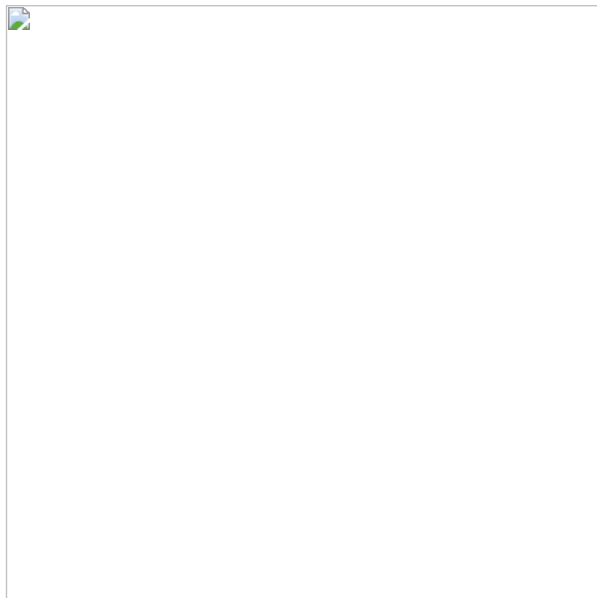
Nemo tenetur ontsleuteld (deel 2)

 leuvenpubliclaw.com/nemo-tenetur-ontsleuteld-deel-2

By

2020-02-20





In een arrest van 4 februari 2020 heeft het Hof van Cassatie beslist dat de onderzoeksrechter een verdachte kan verplichten tot het verstrekken van de toegangscode tot een informaticasysteem (bv. gsm-toestel). Het opleggen van sancties bij weigering schendt het beginsel van *nemo tenetur* volgens het Hof niet. Deze blogpost in twee delen analyseert het cassatiearrest in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Nadat het eerste deel focuste op de inhoud van het cassatiearrest en de eerste stappen in de EHRM-analyse, bevat dit tweede deel de meer prangende vraagstukken van de EHRM-analyse.

Vervolg stapsgewijze analyse volgens de EHRM-rechtspraak

Het eerste deel van deze blogpost eindigde met de cliffhanger omtrent het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk bewijs bij de vraag naar de toepassing *ratione materiae*. Hier gaan we nu dieper op in. Ter herinnering, de basisstappen van de analyse waren de volgende:

1.
 1. *Is het non-incriminatiebeginsel van toepassing ratione temporis?*
 2. *Is het non-incriminatiebeginsel geschonden?*
 1. *Was er dwang?*
 2. *Is het verkregen bewijsmateriaal incriminerend?*
 3. *Is het non-incriminatiebeginsel van toepassing ratione materiae?*
 3. *Is het non-incriminatiebeginsel geschonden in de kern of kan het gerechtvaardigd worden?*

Dit tweede deel gaat verder met de vraag of het non-incriminatiebeginsel geschonden is, meer bepaald het toepassingsgebied *ratione materiae*.

c. Is het non-incriminatiebeginsel van toepassing ratione materiae?

Er is weinig twijfel dat verklaringen wilsafhankelijk zijn en dus onder de bescherming van *nemo tenetur* vallen. Het EHRM heeft meermaals geoordeeld dat *nemo tenetur* in de eerste plaats de vrijheid van de verdachte waarborgt om te zwijgen in het kader van een verhoor (*Jalloh/Duitsland*). Het uitoefenen van dwang kan immers de inhoud van de verklaring beïnvloeden en leiden tot valse bekentenissen. *In casu* gaat het om een toegangscode tot een informaticasysteem. Eens een toegangscode is ingesteld, is de code niet meer beïnvloedbaar door de wil van de verdachte. De afgedwongen toegangscode bestaat al bij het ontstaan van de ontsleutelplicht. Het verstrekken van een toegangscode kan dus niet gelijk gesteld worden met het afleggen van verklaringen.

Het EHRM heeft echter niet alleen verklaringen onder de bescherming van *nemo tenetur* gebracht. Het verschil tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk bewijs kan dus niet terug gebracht worden tot het verschil tussen verklaringen en alle andere soorten bewijs.

Zo heeft het EHRM reeds zogenaamde *fishing expeditions* naar documenten onder de bescherming van *nemo tenetur* gebracht (*Funke/Frankrijk*). Indien de autoriteiten niet zeker zijn van het bestaan van de documenten, is het verzoek om ze over te leggen in feite een verzoek om een verkapte verklaring over het bestaan van de documenten.

Om een dergelijke kwalificatie als *fishing expedition* te vermijden, bouwde het Hof van Cassatie in het onderhavige arrest een aantal voorwaarden in. De strafrechtelijke autoriteiten moeten het toestel reeds hebben opgespoord zonder gebruik van dwang én moeten aantonen dat de betrokkene zonder redelijke twijfel de toegangscode kent. Bewijzen dat de betrokkene die kennis heeft, zal in de praktijk echter moeilijk blijken. Indien de autoriteiten een gsm aantreffen in de broekzak van de betrokkene, is nog niet noodzakelijk bewezen dat hij de toegangscode van dit toestel ook kent. Er bestaat o.i. al minder twijfel over de kennis indien de betrokkene aangetroffen wordt terwijl hij het toestel aan het bedienen is. Hoe de autoriteiten deze bewijsproblematiek aanpakken, staat echter los van onze analyse in het kader van het *nemo tenetur*.

In *Saunders/Verenigd Koninkrijk* somt het EHRM bewijsmateriaal op dat in elk geval wilsonafhankelijk is, en dus buiten de bescherming van *nemo tenetur* valt. Het betreft hier onder andere biometrisch materiaal zoals adem-, bloed-, en urinestalen, lichaamsweefsel voor DNA-analyse, alsook materiaal verkregen door een rechterlijk bevel (bv. bij een huiszoeking). Naar analogie met deze rechtspraak zou het onder dwang verkrijgen van biometrische toegangssleutels niet onder het toepassingsgebied *ratione materiae* van *nemo tenetur* vallen. Ook toegangscode bestaande uit cijfers en letters zouden o.i. op basis van het lijstje uit *Saunders* onder dwang verkregen kunnen worden zonder *nemo tenetur* te schenden. Het *Saunders*-bewijsmateriaal vereist volgens het EHRM immers geen of slechts passieve medewerking van de verdachte (*Jalloh/Duitsland*). Het ontsleutelen van bijvoorbeeld een gsm-toestel lijkt onder dit criterium te kunnen vallen.

Het verlenen van toegang tot een informaticasysteem is bovendien vergelijkbaar met het verlenen van toegang tot een woning bij een huiszoeking of huisvisitatie. Zoals gezegd sluit het EHRM alle gegevens gevonden bij een dergelijke zoeking uit van de bescherming van *nemo tenetur*. Het idee hierachter is immers dat de toegang tot het bewijsmateriaal ook verkregen kan worden indien de verdachte niet meewerkt. Bij een huiszoeking zullen de autoriteiten bijvoorbeeld de deur kunnen forceren. Bij een huisvisitatie zullen de autoriteiten vervolgen wegens verhinderd van toezicht. Bij de ontsleutelplicht zullen de autoriteiten eveneens het bewijs kunnen achterhalen door de toegang te forceren via *hacking* of zullen ze de niet-medewerking bestraffen.

Ten slotte hebben de soorten bewijsmateriaal uit *Saunders* gemeen dat verder onderzoek ervan nog nodig is (*Jalloh/Duitsland*). Zo zal bijvoorbeeld een urinestaal aan verder toxicologisch onderzoek worden onderworpen. De noodzaak voor verder onderzoek geldt ook voor de ontsleutelplicht, aangezien de autoriteiten, nadat ze toegang hebben, nog steeds verder op zoek moeten gaan naar incriminerend bewijsmateriaal.

Anderzijds zou de verdachte kunnen argumenteren dat de gegevens gevonden dankzij de ontsleuteling van het informaticasysteem niet zomaar te onderscheiden zijn van de sleutel zelf. Door het geven van de sleutel, geeft de betrokkene in principe ook meteen de incriminerende gegevens op dat informaticasysteem prijs. Hierdoor wordt hij dus verplicht om actief mee te werken aan het overhandigen van direct incriminerende gegevens. Het EHRM oordeelde met betrekking tot het overhandigen van documenten meermaals dat de verdachte de overhandiging kan weigeren indien hij niet kan uitsluiten dat de gegevens uit de documenten tot een beschuldiging zullen leiden (*J.B./Zwitserland; Chambaz/Zwitserland*). De verdachte zou zich in het kader van de ontsleutelplicht kunnen beroepen op deze rechtspraak.

Het is echter onduidelijk of het EHRM deze rechtspraak nog zal toepassen in de toekomst. In recente arresten lijkt het EHRM in zekere zin terug te komen op de redenering dat het overhandigen van documenten geweigerd zou kunnen worden worden (*Van Weerelt/Nederland; Kalneniene/België*). Enkel verklaringen en *fishing expeditions* zouden dan nog onder de bescherming van *nemo tenetur* vallen, waardoor medewerkingsplichten met betrekking tot fysiek bewijs geen probleem vormen. *Nemo tenetur* zou op die manier opnieuw gereduceerd worden tot het zwijgrecht.

Het Hof van Cassatie treedt in zijn arrest van 4 februari 2020 niet in dergelijk detail. Het bepaalt enkel dat het hier gaat om wilsonafhankelijk bewijs en dat de sleutel tot het informaticasysteem niet samenvalt met de informatie daarachter. Het is aan het EHRM om helderheid te brengen in zijn rechtspraak, ook met betrekking tot speuren naar bewijs in de digitale wereld. Het huidige onderscheid tussen wilsonafhankelijk en wilsonafhankelijk bewijs is onduidelijk en wordt door het EHRM anders ingevuld naargelang de zaak. Nog meer discussie bestaat bovendien over het onderscheid tussen het afgeven van bijvoorbeeld een DNA-staal, wat voorkomt op het lijstje van *Saunders*, en het overhandigen van documenten. Het eerste zou slechts passieve medewerking vereisen en dus aanvaardbaar zijn onder *nemo tenetur*, terwijl het tweede actieve medewerking vereist en dus onder het toepassingsgebied van *nemo tenetur* valt.

3. Is het non-incriminatiebeginsel geschonden in de kern of kan het gerechtvaardigd worden?

Zelfs al zou het EHRM beslissen dat de ontsleutelplicht onder het toepassingsgebied *ratione materiae* kan vallen, dan nog speelt de derde vraag in de stapsgewijze redenering van het Hof, namelijk of het non-incriminatiebeginsel in de kern geschonden is en dus niet gerechtvaardigd kan worden. Het EHRM beoordeelt deze vraag op basis van de volgende criteria: (i) de ernst van de dwang, (ii) de omvang van de gevraagde verklaringen of medewerkingsplicht, (iii) de aanwezigheid van relevante procedurele waarborgen, en (iv) de mate waarin het verkregen bewijsmateriaal wordt gebruikt (*Jalloh/Duitsland*).

Het Hof van Cassatie zou in principe niet moeten ingaan op deze laatste stap van de beoordeling van *nemo tenetur*, vermits het de ontsleutelplicht al uitsluit van het toepassingsgebied in de tweede stap. Toch haalt het Hof enkele argumenten aan waarmee het zich indekt tegen een schending in de kern. Het haalt aan dat het bevel uit artikel 88^{quater}, §1 Sv, slechts beperkte informatie betreft. Bovendien wordt die verkregen informatie volgens het Hof slechts beperkt gebruikt. De beklagde heeft ten slotte ook het recht om ten volle zijn verdediging te voeren over de achterhaalde gegevens (procedurele waarborgen). Anderzijds benadrukt het Hof van Cassatie niet dat er zware straffen staan op de schending van de medewerkingsplicht. Dergelijke ernstige dwang zal voor het EHRM al snel leiden tot een schending in de kern. Bovendien geldt de sleutel van een informaticasysteem *an sich* misschien als “*beperkte informatie*”, maar wanneer het systeem vervolgens ontsleuteld wordt, hebben de speurders wel toegang tot een enorme bron aan potentieel bewijsmateriaal. Deze argumenten geven dus geen uitsluitsel over een eventuele schending in de kern in de ogen van het EHRM.

Wanneer het EHRM geen schending in de kern vaststelt, dan kan de schending van *nemo tenetur* gerechtvaardigd worden door een algemeen belang of door de complexiteit van het misdrijf (*Lückhof en Spanner/Oostenrijk*). Ook voor deze laatste afweging geeft het Hof van Cassatie reeds een argument. Het haalt namelijk aan dat de huidige stand van de technologie het zeer moeilijk (misschien zelfs onmogelijk) maakt om toegang te verkrijgen tot een informaticasysteem dat versleuteld is. De verdachte verplichten om de toegangscode te verstrekken is dan ook noodzakelijk voor het grotere belang van de waarheidsvinding.

Conclusie

Samenvattend stellen we vast dat de ontsleutelplicht uit artikel 88^{quater}, §1 Sv, niet eenvoudig te analyseren is in het licht van de EHRM-rechtspraak omtrent het non-incriminatiebeginsel. Het EHRM heeft zich tot nu toe nog niet uitgesproken over deze materie. Vooral de toepassing *ratione materiae* en de vraag naar de schending in de kern zijn onzeker. Het EHRM zal finaal meer duidelijkheid moeten verschaffen. Gegeven de huidige stand van de rechtspraak zal het EHRM wellicht oordelen dat er geen conflict bestaat met *nemo tenetur*. Dit gaat wel enkel op indien het EHRM de fysieke en digitale wereld parallel beoordeelt. Beide verschillen echter grondig, en het EHRM zal voor bewijsvergaring in de digitale wereld misschien anders oordelen en stellen dat het ontsleutelbevel *nemo tenetur* schendt. In dat geval zullen de autoriteiten zich genoodzaakt zien om meer indringende onderzoeksmaatregelen te hanteren, zoals hacking, om *nemo tenetur* te ontwijken.

Los van de vraag of de maatregel in strijd is met *nemo tenetur*, rijst nog de vraag of artikel 88^{quater}, §1 Sv, wel een goede onderzoeksmaatregel is. Intelligente en goed voorbereide criminelen zullen de overheid snel een stap voor zijn door bijvoorbeeld gebruik te maken van de zogenaamde *kill codes*. Dat zijn toegangscode die de informatie op een informaticasysteem onmiddellijk vernietigen. Personen die zeer ernstige misdrijven begaan, zullen bovendien weinig incentive hebben om mee te werken. De keuze tussen bestraffing voor niet-meewerken en de straf voor het misdrijf dat uit de informatie zal blijken zoals bijvoorbeeld moord of deelname aan een criminele organisatie, zal snel gemaakt zijn.

Ana Laura Claes is doctoraatsonderzoeker aan het Leuven Instituut voor Criminologie (KU Leuven), onderzoekslinje bestuurlijke en strafrechtelijke rechtshandhaving in Europees en vergelijkend perspectief, waar zij de doorwerking van de rechten van verdediging in het douanerechtelijk strafproces bestudeert.

Marie Horseele is doctoraatsonderzoeker aan het Instituut voor Strafrecht (KU Leuven), waar zij de nawerking van materiële en formele strafrechtelijke regels bij administratieve sanctionering van misdrijven onderzoekt.

Marie HORSEELE & Ana Laura CLAES, "Nemo tenetur ontsleuteld (deel 2)", Leuven Blog for Public Law, 20 February 2020, <https://www.leuvenpubliclaw.com/nemo-tenetur-ontsleuteld-deel-2> (geraadpleegd op 15 March 2023)

Any views or opinions represented in this blog post are personal and belong solely to the author of the blog post. They do not represent those of people, institutions or organizations that the blog or author may or may not be associated with in professional or personal capacity, unless explicitly stated.

Any views or opinions are not intended to malign any religion, ethnic group, club, organization, company, or individual.

All content provided on this blog is for informational purposes only. The owner of this blog makes no representations as to the accuracy or completeness of any information on this site or found by following any link on this site.

The owner will not be liable for any errors or omissions in this information nor for the availability of this information. The owner will not be liable for any losses, injuries, or damages from the display or use of this information.